

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. ...

Data:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., formulată de către ...SRL, cu sediul în ..., înregistrată la ORC sub nr. împotriva documentației de atribuire, elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii competitive cu negociere organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect <<...>>, cod ..., anunț de participare nr. ..., s-au solicitat următoarele: „1. În principal, obligarea entității contractante la remedierea aspectelor din documentația de atribuire prezentate în continuare ca fiind restrictive și nelegale, astfel încât să permită derularea procedurii de achiziție publică în condiții de deplină legalitate și concurență reală; 2. În subsidiar, în eventualitatea în care nu s-ar mai putea dispune măsuri de remediere, anularea procedurii, în conformitate cu prevederile art. 225 alin. 1 lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016; 3. *Suspendarea procedurii de atribuire*, potrivit dispozițiilor art. 22 din Legea nr. 101/2016 până la soluționarea prezentei contestații”.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația nr. ..., înregistrată la C.N.S.C. cu nr. ..., ...SRL critică documentația de atribuire, elaborată de către ..., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii competitive cu negociere organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect <<...>>, cod ..., anunț de participare nr. ..., solicitând cele menționate în partea introductivă.

În cuprinsul contestației, față de documentația de atribuire, autoarea acesteia învederează următoarele aspecte:

I. Nelegalitatea cerinței de la Secțiunea III.1.3 "Capacitatea tehnică și profesională", punctul 1), pag. 7 - 8 din fișa de date a achiziției, unde se precizează următoarele: 1) Pentru contractele de achiziție de servicii:

executarea de servicii de tipul specificat Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 6 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor), cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați. Candidatul trebuie să facă dovada că a implementat soluții similare privind aplicații ESB, în care a prestat servicii și a furnizat produse de tipul celor menționate în Documentația descriptivă, adică privind implementarea și operaționalizarea unor soluții/sisteme/platforme informatice integrate) în valoare de cel puțin ... lei, fără TVA, la nivelul a unuia sau maximum 3 (trei) contracte, dintre care cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici) și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei).

În opinia contestatoarei, adăugarea de către entitatea contractantă, a precizării "dintre care cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici) și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)", încalcă prevederi legale în domeniul achizițiilor publice și este de natură să restrângă concurența prin îngrădirea accesului la procedură a operatorilor economici care au o experiență semnificativă și recunoscută cu privire la activitățile ce fac obiectul procedurii.

...SRL arată că, având în vedere prevederile art. 185 alin. (3) și (5), art. 191 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, art. 35 alin. (1) din Normele de aplicare ale Legii nr. 99/2016, art. 6 alin. (1) lit. b) și c) din Instrucțiunea nr. 2/2017, rezultă, în mod neechivoc, următoarele:

i) În stabilirea cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere că acestea trebuie să fie "necesare și adecvate" pentru a se asigura că operatorii economici dețin resursele umane și tehnice și experiența necesare pentru a executa contractul.

ii) Instrucțiunea nr. 2/2017 prevede expres și limitativ modul în care cerințele privind capacitatea tehnică și profesională pot fi formulate astfel încât să se asigure respectarea cerințelor legale și principiilor care trebuie să guverneze derularea procedurilor de achiziție publică. Astfel, autoritățile contractante au posibilitatea de a solicita, printre altele, un anumit nivel minim stabilit pentru experiența similară, compus dintr-un nivel valoric și un număr de contacte stabilit de autoritatea contractantă sau lăsat la latitudinea operatorilor economici. În cazul de față, numărul de contracte a fost stabilit de entitatea contractantă.

iii) Dacă legiuitorul ar fi considerat necesar ca, pe lângă cerințele menționate mai sus, autoritățile contractante să fi avut posibilitatea de a adăuga cerințe suplimentare cu privire la acest aspect, acest lucru ar fi fost prevăzut expres în actele normative aplicabile.

iv) Cerința entității contractante de a impune operatorilor economici ca unul dintre cele trei contracte de experiență similară să aibă ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici) și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei): a) excede cadrului stabilit prin art. 6 din Instrucțiunea nr. 2/2017 impunând cerințe suplimentare care încalcă dispoziții legale imperative; b) este de natură să restrângă concurența impunând criterii valorice și de aplicabilitate (limitare la contract în domeniul distribuției energiei electrice) care nu sunt relevante, necesare și adecvate scopului achiziției.

Astfel:

- impunerea unui nivel valoric suplimentar, față de cel general de ... lei, nu este de natură a aduce garanții suplimentare privind executarea în bune condiții a proiectului său a dovedi o experiență superioară, față de operatorii economici care ar putea prezenta trei contracte cu valoarea generală solicitată, fără însă ca vreunul dintre ele să atingă valoarea de ...lei;

- nici impunerea prezentării unui contract care să aibă ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice nu este de natură a aduce garanții suplimentare privind executarea în bune condiții a proiectului sau a dovedi o experiență superioară, constituind doar o altă modalitate de restrângere a con concurenței și a avantaja exclusiv operatorii economici care au lucrat cu entități contractante din domeniul energetic;

- coroborarea aspectelor menționate mai sus, cu faptul că entitatea contractantă a solicitat ca implementarea contractelor de experiență similară să se fi făcut într-o perioadă de 6 ani anterior termenului limită de depunere a ofertelor și cu prevederile art. 9 alin. (4) din Instrucțiunea 2/2017 care precizează că se poate stabili un termen mai mare de trei ani, doar în anumite condiții expres și limitativ prevăzute de lege, vine să întărească și mai mult ideea că formularea contestată este de natură să restrângă concurența și de a avantaja operatorii economici care au lucrat cu entități contractante din domeniul energetic.

Având în vedere cele de mai sus, contestatoarea solicită Consiliului să constate că prin impunerea de către autoritatea contractantă a cerinței ca unul dintre contractele de experiență similare solicitate "să aibă ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici) și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)" încalcă dispoziții legale imperative și este de natură să restrângă concurența în cadrul procedurii de achiziție publică; pe cale de consecință, să dispună obligarea entității contractante de a lua măsuri de remediere în sensul eliminării acestei cerințe din Fișa de date a achiziției.

II. Nelegalitatea unora dintre cerințele referitoare la experți de la Secțiunea 6 "Cerințe de implementare, calendar și training", Punctul 6.2

- Reguli pentru guvernarea implementării Programului, subpunctele 6.2.7 - 6.2.12 de la pag. 77 - 81 din Documentația descriptivă:

La pct. 6.2 - Reguli pentru guvernarea implementării Programului din Documentația descriptivă, cu privire la experții Manager de contract, Arhitect de sistem/Dezvoltator soluție, Analist/Arhitect procese de business, Arhitect/Specialist integrare, Arhitect infrastructură, Arhitect de securitate/Specialist structuri de date, entitatea contractantă, contrar dispozițiilor legale, susține contestatoarea, limitează posibilitatea dovedirii experienței similare impunând ca din documentele prezentate, să reiasă, pe de-o parte, îndeplinirea unor roluri cu denumiri specifice, fără a se lua în considerare activitățile efectiv prestate, iar pe de altă parte, participarea lor ca experți, în anumite categorii de contracte.

Astfel, contestatoarea arată că:

i) Pentru expertul Manager de contract menționat la punctul 6.2.7 din Documentația descriptivă se solicită la lit. b), subpunctul 2: "Experiență relevantă anterioară ca Manager de proiect în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C, din care minim unul privind implementarea unei Platforme ESB, iPaaS";

ii) Pentru expertul Analist/Arhitect procese de business menționat la punctul 6.2.9 din Documentația descriptivă se solicită la lit. b), subpunctul 2: "Experiență relevantă anterioară ca Analist/Arhitect procese de business în cel puțin două (2) proiecte, din care unul în domeniul distribuției de energie electrică";

iii) Pentru expertul Arhitect/Specialist integrare menționat la punctul 6.2.10 din Documentația descriptivă se solicită la lit. b), subpunctul 2: "Experiență relevantă anterioară ca Arhitect/Specialist integrare în cel puțin două (2) proiecte, din care unul în domeniul distribuției de energie electrică";

iv) Pentru expertul Arhitect infrastructură menționat la punctul 6.2.11 din Documentația descriptivă se solicită la lit. b), subpunctul 2: "Experiență relevantă anterioară ca Arhitect infrastructură în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C, din care minim unul privind implementarea unei Platforme ESB, iPaaS";

v) Pentru expertul Arhitect de securitate/Specialist structuri de date menționat la punctul 6.2.12 din Documentația descriptivă se solicită la lit. b), subpunctul 2: "Experiență relevantă anterioară ca Specialist model date și securitate în cel puțin două (2) proiecte pentru Aplicații ESB, iPaaS".

...SRL consideră că cerințele minime pentru experți prezentate mai sus, limitează demonstrarea experienței specifice prin solicitarea expresă ca expertul nominalizat să fi avut titulatura rolului în contractatele anterioare. Or este evident că, în vedere capacității tehnice, competențele unui expert pentru o anumită poziție este dovedită de responsabilitățile pe care acestea le-a îndeplinit în cadrul unui contract și nu de denumirea rolului avut în contractul în cauză. Această modalitate

de dovedire a experienței specifice este contrară prevederilor Instrucțiunii nr. 1/2017 emisă în aplicarea prevederilor art. 179 lit. g) și art. 187 alin. (8) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, respectiv a art. 192 lit. g) și a art. 209 alin. (8) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale care precizează că experiența specifică trebuie să fie evaluată prin prisma activităților desfășurate în trecut, și nu cu referire titulatura rolului în baza căruia acesta a desfășurat activitățile specifice în contractele respective, și, implicit, în baza cărora a dobândit experiența și competențele specifice care îl califică pentru desfășurarea unor activități similare în alte contracte.

Demonstrarea experienței specifice prin raportarea la poziția/rolul/calitatea în cadrul proiectelor anterioare este fundamental eronată, afirmă contestatoarele, întrucât nu răspunde scopului pentru care cerințele de dovedire a experienței similare trebuie să fie solicitate, respectiv:

a. Pe de o parte Expertul putea să fie nominalizat pe un rol cu o altă denumire însă să fi desfășurat activități similare în activitatea/proiectele anterioare, acumulând astfel experiența specifică solicitată.

b. Pe de altă parte Expertul ar fi putut lucra pe un rol cu aceeași denumire în activitatea/proiectele anterioare însă să fi avut un set de responsabilități diferit, neacoperind astfel experiența specifică necesară executării contractului ce face obiectul acestei proceduri.

Referitor la cerințele entității contractante privind experiența experților Analist/Arhitect procese de business și Arhitect/Specialist integrare în proiecte în domeniul distribuției de energie electrică, respectiv a celorlalți experți menționați la punctul 19 în cel puțin un proiect privind implementarea unei Platforme ESB, iPaaS, contestatoarele apreciază că și acestea sunt de natură a restrânge concurența, pentru următoarele motive:

Cerința pentru a demonstra experiența specifică a experților Analist/ Arhitect procese de business și Arhitect/Specialist integrare în proiecte în domeniul distribuției de energie electrică, este restrictivă prin prisma faptului că această experiență trebuie demonstrată prin raportare la responsabilitățile care le revin experților în cadrul acestui contract și nu la domeniul în care a fost implementat sau nu un proiect.

Astfel, conform prevederilor art. 3, alin. 1 din Instrucțiunea nr. 1/2017: (1) Sintagma "personalul ce va realiza efectiv activitățile care fac obiectul contractului ce urmează a fi atribuit" se referă la experții/personalul-cheie ce răspund(e) de realizarea efectivă a proceselor de execuție aferente implementării respectivului contract, calificarea, experiența profesională și/sau modul de organizare influențând, în mod direct, calitatea rezultatului ce trebuie atins prin contractul în cauză, această categorie de personal nefiind considerată criteriu de calificare și selecție în raport cu operatorul economic ce este candidat/ofertant în procedura de atribuire.

Totodată, contestatoarea menționează că pentru toți cei 5 experți menționați mai sus, entitatea contractantă limitează aria de acoperire în care aceștia și-au dobândit experiența la un anumit tip de contract, respectiv implementarea unei Platforme ESB, iPaaS/în domeniul distribuției de energie electrică.

În acest sens, consideră restrictivă cerința ca pentru experții Manager de contract, Analist/Arhitect procese de business, Analist de business Arhitect/Specialist integrare, Arhitect infrastructură, Arhitect de securitate/Specialist structuri de date să se demonstreze că aceștia dețin experiența specifică în contracte care au avut ca obiect exclusiv implementarea unei Platforme ESB, iPaaS sau au fost în domeniul distribuției de energie electrică.

Raportat la activitățile care vor fi derulate în cadrul acestui contract de către acești experți, precum și specificității activităților ce revin acestor categorii de experți, contestatoarea solicită să se permită demonstrarea experienței specifice prin prezentarea unor proiecte în domeniul IT&C, așa cum s-a solicitat în cerință, și nu să se limiteze la o anumită componentă/ domeniu a unui sistem informatic, potrivit prevederilor art. 178 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, ...SRL apreciază că cerințele impuse de entitatea contractantă încalcă dispozițiile legale imperative și sunt de natură să restrângă concurența în cadrul procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, solicită obligarea ... la măsuri de remediere în sensul modificării acestora, astfel:

i) Pentru expertul Manager de contract menționat la punctul 6.2.7 din Documentația descriptivă, solicită modificarea subpunctului 2 de la lit. b), după cum urmează: "Experiența relevantă anterioară, constând în îndeplinirea responsabilităților descrise la lit. a) a prezentului punct 6.2.7 în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C";

ii) Pentru expertul Analist/Arhitect procese de business menționat la punctul 6.2.9 din Documentația descriptivă, solicită modificarea subpunctului 2 de la lit. b), după cum urmează: "Experiența relevantă anterioară, constând în îndeplinirea responsabilităților descrise la lit. a) a prezentului punct 6.2.9 în cel puțin două (2) proiecte";

iii) Pentru expertul Arhitect/Specialist integrare menționat la punctul 6.2.10 din Documentația descriptivă, solicită modificarea subpunctului 2 de la lit. b), după cum urmează: "Experiența relevantă anterioară, constând în îndeplinirea responsabilităților descrise la lit. a) a prezentului punct 6.2.10 în cel puțin două (2) proiecte";

iv) Pentru expertul Arhitect infrastructură menționat la punctul 6.2.11 din Documentația descriptivă, solicită modificarea subpunctului 2 de la lit. b), după cum urmează: "Experiența relevantă anterioară, constând în îndeplinirea responsabilităților descrise la lit. a) a prezentului punct 6.2.11 în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C";

v) Pentru expertul Arhitect de securitate/Specialist structuri de date menționat la punctul 6.2.12 din Documentația descriptivă, solicită modificarea subpunctului 2 de la lit. b), după cum urmează: "Experiența relevantă anterioară constând în îndeplinirea responsabilităților descrise la lit. a) a prezentului punct 6.2.12, în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C".

În drept, se invocă prevederile art. 8 și art. 10 din Legea nr. 101/2016, precum și pe toate textele legale invocate în cuprinsul contestației. În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr.

Prin adresa nr., ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația formulată de ...SRL solicitând respingerea acesteia ca nefondată și neîntemeiată, pentru următoarele motive:

I. Nelegalitatea cerinței de la Secțiunea III.1.3 "Capacitatea tehnică și profesională", punctul 1), pag. 7 - 8 din Fisa de date a achiziției, prin impunerea cerinței ca unul dintre contractele de experiență similare solicitate "să aibă ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici), cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)" încalcă dispoziții legale imperative și este de natură să restrângă concurența în cadrul procedurii de achiziție publică și, pe cale de consecință, eliminarea acesteia din fișa de date a achiziției.

În ceea ce privește criteriile de calificare formulate, entitatea contractantă susține că acestea respectă art. 35 alin. (1) și (2) coroborat cu art. 37 alin. (1) și (2) din Normele de aplicare ale Legii nr. 99/2016, cu modificările și completările ulterioare aprobată prin HG nr. 394/2016, cu modificările și completările ulterioare, în sensul că acestea, astfel cum sunt prevăzute în documentația de atribuire au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare.

... arată că a solicitat prin intermediul documentației de atribuire, ca experiență necesară, relevantă, să fie din energie electrică întrucât acest domeniu are o complexitate mult mai mare și o diversitate de neegalat față de celelalte tipuri de utilități (prin tipuri de măsurători, mărimi urmărite, monitorizare în timp real, etc). Deci pentru a putea face față problemelor de rezolvat în cazul Beneficiarului, trebuie o anumită experiență specifică, altfel existând riscuri extrem de mari ca proiectul să nu fie dus la îndeplinire.

În opinia entității contractante, doar proiectele în domeniul distribuției de energie electrică se pot considera similare cu cel de față întrucât se referă la procese complexe și extrem de diverse, implicând gestionarea și procesarea de date și informații provenite de la contoare

și alți senzori din rețeaua de distribuție de electricitate, care prezintă capacități de măsură și de sesizare și înregistrare a evenimentelor, la locul de măsură/insertie, de o complexitate exponențial mărită față de cele de gaz și apă, sau din alte domenii de distribuție, deci problemele generate de aceste date în exploatare, precum și cele legate de procesarea și transferul datelor, sunt complet diferite și mult mai complexe/diverse, astfel încât doar o experiență din domeniul electricității satisface caracterul de similaritate, oricare alta fiind irelevantă și generând riscuri greu de calculat în implementare, cum ar fi riscul de (ne)integrare în platformă și/sau între sisteme operaționale, care trebuie să conlucreze prin intermediul platformei în cauză.

Entitatea contractantă arată că a solicitat un nivel al valorii contractelor anterioare, pentru servicii similare, la nivelul unui sistem informatic integrat similar unui sistem calificat la jumătate din necesitățile sale. Astfel, capacitatea candidatului de a fi executat anterior un contract cel puțin egal cu jumătate din sistemul necesar pentru cele trei Unități Teritoriale (UT-uri) fiind acoperitoare pentru a se asigura experiența necesară ducerii la îndeplinire a Contractului. În acest fel, entitatea contractantă susține că poate să estimeze în mod obiectiv complexitatea și dimensiunea activităților realizate de aceștia. Extensia de la unul la trei sisteme necesită capacități de producție cumulative cantitativ, capacitatea solicitată în cazul contractului de față fiind cea de customizare și adaptare la procesele de business ale UT-urilor entității contractante. Deci, dacă ofertantul are capacitatea de a fi oferit și dus la bun sfârșit implementarea unui sistem de aceeași mărime cu jumătate din sistemele ce vor fi livrate în aceste contracte, atunci are capacitatea de a livra și trei sisteme aproape identice, cu unele diferențe de implementare, pe care acesta le poate acoperi relativ fără riscuri importante.

Pe de altă parte, organizatoarea procedurii învederează că ciclurile de implementare ale unor astfel de proiecte, deși se bazează pe o soluție software matură prezentată inițial, necesită dezvoltări și customizări importante (cca. 50%), adică necesită un ciclu temporal de aprox. 2-3 ani. Prin urmare, implementarea unui sistem de genul celor solicitate durează cca. 2-3 ani, caz în care, perioada avută în vedere pentru evaluarea experienței anterioare trebuie să fie sensibil mai mare de 3 ani pentru a putea avea garanția că evaluează corect, și nu exclude artificial unii furnizori care nu au finalizat un contract pe durata celor trei ani rezultați din alegerea momentului depunerii ofertelor. Menționează că, durata ultimilor trei ani a fost alterată din punct de vedere al business-ului și de pandemia COVID-19, care a dus la o încetinire a fenomenului investițional.

Astfel, susține că a fost imperios necesar să extindă perioada de observație și evaluare la minimum 2 cicluri de implementare, adică la 6 ani, respectiv 2021-2015 inclusiv. Numai astfel se poate face o evaluare

corectă și nediscriminatorie asupra experienței anterioare, nu se exclud artificial competitori din procedura de achiziție și se păstrează un nivel de competiție ridicat, cu toate beneficiile care decurg dintr-o astfel de abordare (prețul cel mai bun, cea mai buna soluție tehnologică, etc.). Această alegere este conform prevederilor art. 9 alin. 8) din Instrucțiunea ANAP nr. 2/2017.

Pe de altă parte, afirmă entitatea contractantă, necesitatea prezentării unor documente suport, care să demonstreze serviciile și activitățile prestate în cadrul proiectelor implementate, va oferi o imagine fidelă, clară și completă a capacităților și competențelor operatorului economic. Luând în considerare complexitatea proiectului, și anume trei implementări de platforme integrate ESB pentru trei Beneficiari finali (cele 3 Unități Teritoriale ale Entității Contractante), realizate în paralel, precum și volumul mare de lucrări ce trebuie prestate pentru implementarea acestui contract, valoarea contractelor anterioare (sau deservite ca experiență similară) în care au fost furnizate produse și servicii similare este esențială pentru estimarea și încadrarea operatorului economic în piață, estimarea capacității și abilității sale de livrare la nivelul de calitate necesar, în condiții de eficiență. Astfel, valoarea minimă considerată acceptabilă este de valoarea a jumătate din valoarea celor trei sisteme oferite, care constituie obiectul achiziției și este considerată acoperitoare.

Pentru stabilirea criteriilor de calificare, entitatea precizează că a avut în vedere dispozițiile art. 192 lit. b) din Legea nr. 99/2016, a stabilit că ofertantul trebuie să facă dovada că a furnizat și realizat în ultimii 6 ani, conform justificărilor de mai sus, calculați să acopere perioada 2015-2021, în cadrul unuia sau cel mult 3 contracte, de servicii/produse și activități similare din punct de vedere al naturii și complexității cu cele din obiectul achiziției. Aceste contracte trebuie să aibă o valoare însumată de 15.029.575 lei, care depășește valoarea individuală oricăreia dintre cele trei sisteme care va fi furnizat în cadrul acestei achiziții, dar este mai mică decât valoarea totală a contractului ce trebuie prestat.

Ținând cont de cele de mai sus, organizatoarea procedurii consideră că s-a dovedit flexibilă și permisivă cu potențialii candidați acceptând prezentarea la nivelul a unuia sau maximum 3 (trei) contracte, dintre care cel puțin un contract având ca beneficiar companii din domeniul distribuției energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici) și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei).

Pentru îndeplinirea cerinței au fost introduse inclusiv operațiunile/activitățile minime pe care contractele trebuie să le înglobeze, și care reprezintă nivelul calitativ al prestației, astfel:

A. Analiza cerințelor și proceselor de business și IT, proiectarea și dezvoltarea aplicațiilor personalizate aferente, customizarea software-

ului privind aplicații ESB; Justificarea activității: Activitățile incluse în cadrul documentației descriptive presupun servicii de tip analiză, proiectare și dezvoltare/customizare de al căror mod de desfășurare depinde în mod esențial atingerea cu succes a obiectivelor proiectului (integrarea și digitalizarea proceselor de business ale distribuitorului de energie electrică). Entitatea Contractantă consideră această etapă de analiză ca o componentă cheie care poate influența într-un mod semnificativ nivelul de atingere al rezultatelor și beneficiilor urmărite. Raportat la valoarea și complexitatea contractului ce urmează să fie atribuit, activitățile de analiză și proiectare, prin care viitorul contractant va asigura transpunerea constatărilor din teren într-un design de detaliu fezabil și corespunzător scopului propus, sunt considerate activități importante în raport cu care, operatorii economici participanți la procedură vor trebui să demonstreze deținerea unei experiențe similare corespunzătoare.

Astfel Entitatea Contractantă consideră justificată solicitarea unei experiențe similare inclusiv în ceea ce privește capabilitățile operatorilor economici de a dezvolta aplicații personalizate aferente sistemelor/platformelor informatice de integrare ESB.

B. Instalarea, integrarea și testarea, precum și punerea în funcțiune a platformelor de integrare ESB; Justificarea activității: Asemănător cu cele prezentate mai sus, serviciile de instalare, customizare, integrare și testare, precum și punere în funcțiune a sistemelor/platformelor informatice de integrare care au fost necesare pentru dezvoltarea aplicațiilor personalizate (sau activități considerate echivalente), sunt considerate importante pentru că de buna desfășurare a acestora depinde în mod semnificativ nivelul de atingere al rezultatelor și beneficiilor urmărite (integrarea și digitalizarea proceselor de business ale distribuitorului de energie electrică).

C. Instruirea utilizatorilor privind operarea, exploatarea și întreținerea instrumentelor de tipul celor mai sus menționate (aplicații ESB): Justificarea activității: O componentă semnificativă, din perspectiva atingerii rezultatelor și obiectivelor urmărite de entitatea contractantă, este reprezentată de prezentarea de probe de către operatorul economic a faptului că deține experiențe similare inclusiv pentru partea de instruire a utilizatorilor privind operarea, exploatarea și întreținerea instrumentelor hardware și software care au fost solicitate în cadrul documentației descriptive. O experiență anterioară consistentă în acordarea de suport operațional, după punerea în funcțiune a sistemelor/platformelor și trecerea în operațional este un punct important pentru atingerea obiectivelor scontate. Utilizarea la maximum a capabilităților platformelor integrate, din primele luni de exploatare este un factor important în asimilarea noii tehnologii și în integrarea acesteia în peisajul tehnologic al entității contractante.

D. Mentenanța/repararea, întreținerea/administrarea, upgradarea aplicațiilor ESB: Justificarea activității: Serviciile menționate nu se rezumă doar la mentenanța codului sursă al aplicațiilor (dezvoltare de patch-uri sau similar), ci la capacitatea de a asigura îmbunătățiri ale performanțelor software-ului prin dezvoltarea de software și upgradare. Experiența similară pentru intervențiile și dezvoltarea la nivelul codului sursă va fi demonstrată prin conformarea la prima parte a cerinței, legată de capacitatea operatorului economic de a asigura servicii de întreținere/ reparație a infrastructurii software, în timp ce a doua parte a cerinței țintește această capacitate complementară de suport și mentenanță pentru termen mediu și lung (dezvoltare și upgradare software).

Solicitarea unei astfel de experiențe din partea operatorului economic derivă din faptul că acest tip de servicii trebuie asigurate în favoarea entității contractante pe durata întregii perioade de garanție, reprezentând 24 (potențial, 48) de luni de la punerea în funcțiune a sistemului, și respectiv pe perioada de post-garanție, reprezentând 36 (potențial, 48) de luni de la terminarea serviciilor de garanție. În total aceste servicii reprezintă de 4 ori durata avută la dispoziție pentru realizarea implementării și punerii în funcțiune a celor trei sisteme ESB integrate.

Raportând experiența similară la nivelul unui sistem similar ce va fi furnizat pentru fiecare cele trei Unități Teritoriale ale DEER S.A. față de valoarea estimată a contractului, entitatea contractantă se asigură că operatorul economic dispune de resursele necesare pentru a executa lucrările / serviciile care fac obiectul contractului și se încadrează în durata de implementare menționată în documentația de atribuire (cca. 20 luni). Totodată, entitatea contractantă afirmă că a solicitat ca pentru demonstrarea valorii economice a contractelor pe care operatorii economici le vor prezenta, să se calculeze doar cota parte din acestea, aferentă produselor și serviciilor asociate componentei de Enterprise Service Bus, dovedind astfel experiență în domeniul implementării de platforme de integrare ESB.

Finanțarea pentru acest proiect, în corelare cu altele din aceeași speță, este asigurată din fonduri nerambursabile, în cadrul unui program mai complex, a căror execuție bugetară trebuie derulată într-un termen limitat, până la sfârșitul anului 2023, după care finanțarea devine inaccesibilă, deci prelungirea termenului de execuție peste acest termen ar crea o imposibilitate a utilizării finanțării invocate și ar duce la întreruperea implementării proiectului înainte de finalizare coerentă, care astfel ar deveni de o inutilitate greu de acceptat și explicat.

Având în vedere cele de mai sus, entitatea contractantă consideră că operatorul economic ce va fi declarat câștigător nu va trebui să fie dependent din punct de vedere economic de un singur contract, cel în

cauză, și că trebuie să aibă suficientă experiență pentru a putea derula contractul ce urmează să fie atribuit, în termen limitat de timp (20 luni).

Prin introducerea acestui criteriu de calificare, la nivelul unei cerințe minime de performanță economico-financiară, entitatea contractantă vrea să asigure pentru implementarea proiectului un grad de profesionalism ridicat prin selectarea unui operator economic care să mai fi implementat contracte de anvergură și nivelul solicitat. Raționamentul pentru care a solicitat un nivel de experiență similar realizat pentru cel puțin o jumătate din sistemul ce va fi livrat, finalizat în ultimii 6 ani, are în vedere demonstrarea experienței și capacităților dobândite anterior, în raport cu produsele și serviciile ce vor trebui prestate, precum și în raport cu sectorul în care își desfășoară activitatea Beneficiarul, respectiv distribuția de energie electrică (cu clienți preponderent casnici), ale cărei procese de business trebuie integrate și gestionate.

Se consideră că prezentarea a cel puțin unui contract pentru o companie de distribuție a energiei electrice pentru demonstrarea capacității tehnice este de natură să certifice la un nivel rezonabil că operatorii economici participanți la procedura de atribuire dispun de competențele și capacitatea profesională demonstrată prin îndeplinirea obligațiilor asumate contractual față de alte societăți în realizarea de activități similare și de a oferi comisiei de evaluare o dovadă pertinentă în acest sens.

... menționează că un contract poate fi considerat că are un obiect similar cu Contractul corespunzător prezentei achiziții dacă include, cel puțin: 1. Furnizarea de software ESB, care să proceseze datele de la sisteme operaționale de distribuție electricitate, respectiv MDM, ADMS/SCADA, GIS, AMS, WFM, SAP, etc; 2. Customizare soft ESB pentru adaptare la procesele de business considerate esențiale ale Beneficiarului (măsură electricitate, management active, comandă operațională, exploatare și întreținere rețea de distribuție); 3. Integrare ESB - SAP sau sistem echivalent, pentru procesare determinanți de facturare și emitere facturi pe consumatori; 4. Integrare sisteme operaționale complexe de genul MDM, AMS, ADMS, GIS, WFM, etc.

Luând în considerare complexitatea contractului supus procedurii, a nivelului de dificultate în vederea realizării în paralel a trei platforme ESB pentru trei Beneficiari finali, entitatea contractantă afirmă că a decis să solicite documente care să demonstreze executarea unor contracte care să fi avut ca obiectiv furnizarea unor produse și realizarea unor activități similare cu cele prezentate în cadrul Documentației descriptive, respectiv în Contract. Aceste documente sunt considerate ca necesare și suficiente pentru a demonstra pregătirea tehnică și operațională a operatorilor economici, în vederea îndeplinirii cu succes a atribuțiilor contractuale, dar și rezolvarea unor eventuale dificultăți întâmpinate pe parcursul execuției acestuia.

Prin stabilirea unei astfel de cerințe entitatea contractantă consideră că se va obține confirmarea rezonabilă că operatorii economici ce vor participa au toate resursele, experiența și competențele necesare pentru a realiza cu succes îndatoririle contractuale, având în vedere calitatea și performanțele cerute într-un astfel de proiect, ce au fost evidențiate în cadrul documentației descriptive.

Totodată, în cadrul cerinței, entitatea contractantă arată că a făcut și precizarea că operatorii economici trebuie să facă dovada că au realizat tipuri de activități similare cu cele precizate în cadrul Documentației descriptive, și nu identice. În fapt, aceste cerințe au rolul de a acoperi elemente de aceeași natură tehnică cu cele din obiectul contractului de achiziție, ce pot influența modul de obținere a rezultatului final așteptat. Un alt aspect în acest sens se poate urmări în modul de formulare al cerințelor care sunt descrise într-un mod general, ce vor permite operatorilor economici să prezinte o gamă variată de activități și care pot fi considerate similare sau chiar superioare prin raport la obiectul achiziției.

Activitățile luate în considerare pentru calificare trebuie să fie, însă, prevalente din domeniul distribuției de energie electrică, întrucât aceste rețele și contoarele/senzorii inteligente/inteligenți din acest sector sunt mult mai complexe, ca volum de date și ca număr de măsurători și mesaje procesate, decât oricare altele, ale unor rețele de distribuție, cum ar fi de exemplu cele de gaz sau de apă, care nu se pot considera similare. Totodată, susține că procesele de business sunt extrem de specifice și nu pot fi asimilate cu nici un alt gen de procese de business chiar în domeniul general de distribuției și, în mod particular, cu cele de distribuție din domenii de alte utilități, ca de ex. gaz, apă, căldură, etc.

Deci, entitatea contractantă afirmă că doar proiectele din domeniul electricității se apropie ca și complexitate de activitățile solicitate, orice altă experiență, chiar cu sisteme ESB din domenii de utilități, ca de ex, gaz, apă, căldură, etc, nefiind nici pe departe comparabile și satisfăcătoare ca experiență critică necesară. Cerința a fost formulată în conformitate cu prevederile art. 191 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016, aceasta nefiind de natură să încalce prevederile legale cu privire la proporționalitatea cerințelor, promovând astfel accesibilitatea și competitivitatea între operatorii economici.

Având în vedere cele prezentate mai sus, ... consideră că solicitarea unui număr maxim de contracte, respectiv justificând experiența minimă în domeniul implementării de platforme ESB, în domeniul distribuției de energie electrică, este conformă cu reglementările în vigoare privind realizarea achizițiilor sectoriale și nu aduce atingere principiilor de tratament egal al ofertanților și al nediscriminării, inclusiv în condițiile în care documentația de atribuire permite ofertanților care nu au derulat astfel de contracte, să se asocieze cu cei care au astfel de implementări în sectorul energetic specific entității contractante.

Prin introducerea acestui criteriu ca cerință minimă de experiență similară de specialitate se consideră că se poate asigura atât garanția implementării cu succes, cât și eficientizarea activităților ce trebuie realizate, din punct de vedere al performanței și al productivității, în termeni de timp și costuri. Extinderea perioadei de observație la 6 ani este de natură să asigure o reala competiție, absolut necesară pentru un proiect de acest gen, cu tehnologie aplicabilă pe termen lung (10 ani), față de o posibilă restrângere arbitrară a acesteia în cazul unei perioade de 3 ani, prea scurtă ca să fie relevantă. Sensul noțiunii de "distribuție de energie electrică" sau de "rețea de distribuție" este cel dat de prevederile legale în vigoare în România, respectiv Legea nr. 123/2012, cu modificările și completările ulterioare.

II. Nelegalitatea unora dintre cerințele referitoare la experți de la Secțiunea 6 "Cerințe de implementare, calendar si training", Punctul 6.2 - Reguli pentru guvernanta implementării Programului, subpunctele 6.2.7 - 6.2.12 de la pag. 77 - 81 din Documentația descriptivă:

La Punctul 6.2 - Reguli pentru guvernanta implementării Programului din Documentația descriptivă, cu privire la experții Manager de contract, Arhitect de sistem/Dezvoltator soluție, Analist/Arhitect procese de business, Arhitect/Specialist integrare, Arhitect infrastructură, Arhitect de securitate/Specialist structuri de date, Autoritatea Contractantă, contrar dispozițiilor legale, limitează posibilitatea dovedirii experienței similare impunând ca din documentele prezentate, să reiasă pe de-o parte îndeplinirea unor roluri cu denumiri specifice, fără a se lua în considerare activitățile efectiv prestate, iar pe de altă parte, participarea lor ca experți, în anumite categorii de contracte (...).

Entitatea contractantă menționează că a elaborat documentația de atribuire respectând dispozițiile legale în domeniul achizițiilor publice stipulate în Legea nr. 99/2016 coroborat cu HG nr. 394/2016. Proiectele se implementează, în primul rând, cu oameni experimentați, experți tehnici, și abia apoi cu firme experimentate. Experiența anterioară a unui firme, în orice domeniu, nu garantează succesul implementării decât dacă și echipa pusă la dispoziție pentru implementare este experimentată și poate executa activitățile necesare implementării, la nivelul de calitate scontat.

Sintetizând cele prezentate anterior, precum și riscurile reale ce vor apărea în lipsa prezentării acestei experiențe similare solicitate la care s-ar putea supune, ... consideră că:

Angajamentul în cauză include mai mult de 2/3 din valoare și 90% din efortul de implementare dedicat dezvoltării de interfețe specifice, precum și integrării și digitalizării unor procese specifice de business ale Beneficiarului, care necesită cunoașterea prealabilă aprofundată, rezultată în urma finalizării cu succes a cel puțin unui angajament

similar, cu o valoare semnificativă (...lei), de către candidat/contractor, în domeniul distribuției de energie electrică;

Resursele Proiectului, în special timpul avut la dispoziție pentru implementare, sunt limitate și nu există timp decât pentru o implementare accelerată (20 luni), care nu se poate realiza decât în condițiile unei experiențe relevante anterioare a candidatului/contractantului, și a experților tehnici propuși, specifică în domeniul proceselor particulare ale unui operator de distribuție de energie electrică;

Minimizarea riscurilor de implementare se poate realiza doar în condițiile în care candidatul/contractorul are o experiență similară relevantă, finalizată cu succes, întrucât rolul asignat acestuia este de integrator principal în procesul de implementare complex a integrării unor sisteme specializate al beneficiarului, respectiv Platformă MDM/MDC, Sistem de managementul activelor, Sistem de management al forței de muncă mobilă, etc, care se derulează în același timp limitat cu implementarea Platformei ESB;

Implementarea Platformei ESB, în acest caz, vizează digitalizarea unor procese specifice ale Beneficiarului, care nu se regăsesc la alte tipuri de operatori economici, și necesită orchestrarea complexă a schimburilor de date și informații între sisteme specifice distribuției de energie electrică.

Având în vedere cele de mai sus, entitatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind netemeinică, continuarea procedurii, precum și menținerea tuturor actelor efectuate în cadrul acestei proceduri de achiziție.

În probațiune, prin adresa nr., au fost depuse, în copie, documente ale dosarului achiziției publice.

Urmare a solicitării exprese din cadrul contestației, prin adresa nr., Consiliul i-a transmis ...SRL invitația de a studia dosarul format în cadrul C.N.S.C., la data de

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr., ...SRL a precizat că renunță la solicitarea de studiere a dosarului.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de entitate contractantă, a inițiat „*procedura competitivă cu negociere*” în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect <<...>>, cod ..., prin publicarea, în S.E.A.P., a anunțului de participare nr.

Conform celor menționate la pct. II.1.5) din cadrul aceluiași anunț, valoarea totală estimată, fără T.V.A., este de ... lei. De asemenea, la pct. II.2.5) se precizează că a fost ales criteriul de atribuire „*cel mai bun raport calitate-preț*”, factorii de evaluare și ponderea aferentă acestora fiind: „*prețul ofertei – 40%; furnizarea de garanție suplimentară – 18%; furnizarea de post-garanție suplimentară – 9%; facilități cu nivel*

superior de procesare – 18%; viteză superioară de procesare tranzacții – 9%; furnizare mentenanță și suport continuu 24 ore x 7 zile pe săptămână – 6%”.

În urma luării la cunoștință a documentației de atribuire aferente, în termenul legal, ...SRL a formulat contestația dedusă soluționării, solicitând cele redacte în partea introductivă, inclusiv suspendarea procedurii de atribuire în cauză.

Conform dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„În cazuri bine justificate și pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, Consiliul poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire sau aplicării oricărei decizii luate de autoritatea contractantă, până la soluționarea contestației”.*

În aplicarea normei juridice de mai sus, prin Încheierea nr., Consiliul a respins solicitarea de suspendare a procedurii de atribuire în cauză ca rămasă fără obiect.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

În acest sens, Consiliul va reține că la pct. IV.1.1) din anunțul de participare aferent, este precizat faptul că entitatea contractantă a ales *„procedura competitivă cu negociere”.*

Cu privire la procedura de atribuire în cauză, Consiliul iterează dispozițiile art. 82 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, potrivit căroră *„Fără a aduce atingere prevederilor de la art. 12 [alin. \(3\)](#), procedurile de atribuire reglementate de prezenta lege, aplicabile pentru atribuirea contractelor sectoriale/acordurilor-cadru sau organizarea concursurilor de soluții cu o valoare estimată egală sau mai mare decât pragurile prevăzute la art. 12 [alin. \(4\)](#), sunt următoarele: c) negocierea competitivă”.*

De asemenea, la art. 93 din cadrul aceluiași act normativ, se stipulează următoarele: *„În cadrul procedurii de negociere competitivă, orice operator economic are dreptul de a depune o solicitare de participare ca răspuns la o invitație la procedura concurențială de ofertare, urmând ca numai candidații care îndeplinesc criteriile de calificare și selecție stabilite de entitatea contractantă să aibă dreptul de a depune oferte inițiale în etapa ulterioară, pe baza căroră entitatea contractantă va derula negocieri în vederea îmbunătățirii acestora”.*

În ceea ce privește cauza dedusă soluționării, demne de reținut sunt și dispozițiile art. 164 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, conform căroră *„Entitatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției sectoriale, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire”.*

De asemenea, va lua în considerare și prevederile art. 9 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016 pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care dispun următoarele: *„Etapa de planificare/pregătire a unui proces de achiziție publică se inițiază prin identificarea necesităților și elaborarea referatelor de necesitate și se încheie cu aprobarea de către conducătorul entității contractante/unității de achiziții centralizate a documentației de atribuire, inclusiv a documentelor-suport, și, după caz, a strategiei de contractare pentru procedura respectivă”*.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul reține că, potrivit referatului de necesitate nr. pentru organizarea procedurii de achiziție sectorială, pag. 4 – 15, entitatea contractantă a *„justificat cerințele de selecție și calificare a achiziției (...) astfel (...) Context: Platforma ESB, împreună cu IHW aferentă, ce se dorește a fi achiziționată, face parte dintr-un program strategic mai larg al DEER SA, de implementare a unui Sistem de Distribuție Inteligentă a energiei electrice, pentru care s-au realizat și depus cereri de finanțare pentru fonduri nerambursabile în cadrul Programului Operațional Infrastructura Mare (POIM) 2014 – 2020, Axa Prioritară 6 – Promovarea energiei curate și eficienței energetice în vederea susținerii unei economii cu emisii scăzute de carbon, Obiectivul specific 6.3 Reducerea consumului mediu de energie electrică la nivelul locuințelor. Obiectivele specifice urmărite prin implementarea Platformei/Sistemului Informatic ESB sunt: O platformă de integrare a sistemelor operaționale prin interfețe multiple de tip micro-servicii (ESB) conformă cu caracteristicile descrise în prezenta documentație de atribuire; IHW necesară funcționării platformei de integrare ESB, integrarea platformei cu această structură și realizarea unui sistem informatic integrat cu performanțe garantate conform prevederilor prezentei documentații de atribuire; servicii de implementare pentru integrarea sistemelor operaționale care deservească cele patru (4) procese esențiale ale distribuției de energie electrică, respectiv măsurarea energiei, managementul activelor, exploatarea și întreținerea rețelei și managementul rețelei (comanda operațională); servicii recurente de suport și mentenanță (post-garanție) pentru platforma de integrare și IHW aferentă funcționalității ESB, care vor fi prestate pentru o perioadă minimă de trei (3) ani, succesiv încheierii unei perioade de garanție de doi (2) ani”*.

Conform prevederilor art. 35 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, *„Criteriile de calificare privind capacitatea au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul/acordul-cadru și de a rezolva eventualele dificultăți legate de*

îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”.

Prin raportare la norma juridică anterior invocată, Consiliul reține că la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, entitatea contractantă a precizat următoarele: *„Informații și/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectării cerințelor menționate: Pentru contractele de achiziție de servicii: executarea de servicii de tipul specificat. Lista principalelor servicii prestate în cursul unei perioade care acoperă cel mult ultimii 6 ani (calculați până la data limită de depunere a ofertelor), cu indicarea valorilor, datelor și a beneficiarilor publici sau privați. Candidatul trebuie să facă dovada că a implementat soluții similare privind aplicații ESB, în care a prestat servicii și a furnizat produse de tipul celor menționate în Documentația descriptivă, adică privind implementarea și operaționalizarea unor soluții/sisteme/platforme informatice integrate) în valoare de cel puțin ... lei, fără TVA, la nivelul a unuia sau maximum 3 (trei) contracte, dintre care cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici), și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)”.*

În opinia contestatoarei, solicitarea prezentării a *„cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici), și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)”*, *„este de natură să restrângă concurența prin îngrădirea accesului la procedură a operatorilor economici care au o experiență semnificativă și recunoscută cu privire la activitățile ce fac obiectul procedurii”.*

Potrivit art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„În termen de 5 zile de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației”.*

Prin raportare la norma juridică de mai sus, Consiliul reține că, referitor la cerința criticată, conform adresei nr., entitatea contractantă susține că *„doar proiectele în domeniul distribuției de energie electrică se pot considera similare (...) astfel încât doar o experiență din domeniul electricității satisface caracterul de similaritate”.*

Conform literaturii de specialitate ESB (Enterprise Service Bus) este o platformă integrată care oferă servicii fundamentale de interacțiune și comunicare pentru aplicații software complexe, printr-un motor de mesagerie bazat pe evenimente și standard (în limbaj de specialitate – autobus) construit cu tehnologii de produs pentru infrastructura de mijloc, fiind utilizată pentru a îndeplini cerințele arhitecturii orientate către servicii (SOA). ESB include următoarele componente de bază: platforma arhitecturală, produs software, pachet de produse software.

În acest sens, la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, referitor la experiența similar, entitatea contractantă a specificat că *„În cadrul contractelor prezentate trebuie să fie înglobate cel puțin următoarele tipuri de operațiuni principale: A. Analiza cerințelor și proceselor de business și IT, proiectarea și dezvoltarea aplicațiilor personalizate aferente, customizarea software-ului privind aplicații ESB; B. Instalarea, integrarea și testarea, precum și punerea în funcțiune a platformelor de integrare ESB; C. Instruirea utilizatorilor privind operarea, exploatarea și întreținerea instrumentelor de tipul celor mai sus menționate (aplicații ESB); D. Mentenanța/ repararea, întreținerea/ administrarea, upgradarea aplicațiilor ESB”*.

După cum se poate observa, din cerința de mai sus nu rezultă că *„tipurile de operațiuni principale”* ar trebuie să fie desfășurate numai în *„domeniul distribuției de energie electrică”*, adică unul identic cu cel din cadrul procedurii de atribuire în cauză ci, în orice fel de contract care a avut drept obiect implementarea unei platforme ESB.

Prin urmare, Consiliul nu va putea lua în considerare alegațiile entității contractante din cadrul punctului de vedere nr., potrivit căroră *„a solicitat prin intermediul documentației de atribuire, ca experiența necesară relevantă, să fie din energie electrică întrucât acest domeniu are o complexitate mult mai mare și o diversitate de neegalat de celelalte tipuri de utilități (...) deci pentru a putea face față problemelor de rezolvat în cazul beneficiarului trebuie o anumită experiență specifică, altfel existând riscuri extrem de mari ca proiectul să nu fie dus la îndeplinire”* deoarece solicitarea a *„cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici), și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)”*, adică identică cu obiectul contractului în cauză, este, în fapt, contradictorie cu precizarea potrivit căreia *„Candidatul trebuie să facă dovada că a implementat soluții similare privind aplicații ESB”* din cadrul aceleiași cerințe de la pct. III.1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției.

Or, în aceste condiții, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a respectat la elaborarea cerinței în cauză, dispozițiile imperative ale art. 37 alin. (1) lit. a) și b) din H.G. nr. 394/2016 care stipulează următoarele: *„Entitatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru prin introducerea unor criterii minime de calificare, care: a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează să fie atribuit; b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului sectorial/acordului-cadru ce urmează a fi atribuit”*.

Importanța respectării normei juridice anterior citată, care transpune Directiva 2014/25/UE privind achizițiile efectuate de entitățile care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și de abrogare a Directivei 2004/17/CE, este subliniată și prin jurisprudența europeană (C368/10), conform căreia *„nivelurile minime de capacități necesare pentru un anumit contract trebuie raportate la și [trebuie să fie] proporționale cu obiectul contractului”*.

Pe cale de consecință, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire în sensul eliminării cerinței a *„cel puțin un contract având ca beneficiar companii de distribuție a energiei electrice (cu consumatori preponderent casnici), și cu o valoare de cel puțin jumătate din suma maximă care trebuie acoperită (...lei)”*, cu respectarea dispozițiilor art. 62 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, potrivit căroră *„În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, entitatea contractantă are obligația de a transmite spre publicare un anunț de tip erată (...)”*.

În continuare, Consiliul reține că ...SRL critică anumite cerințe care se regăsesc la pct. 6.2 *Reguli pentru guvernanta implementării Programului*, pag. 77 – 83, din documentația descriptivă.

Corelativ, Consiliul va itera dispozițiile art. 22 alin. (12) din H.G. nr. 394/2016, conform căroră *„Documentul descriptiv cuprinde, în mod obligatoriu, cel puțin o descriere a necesităților, obiectivelor și constrângerilor entității contractante, pe baza căroră se vor derula negocierile/dialogul/parteneriatul pentru inovare, precum și cerințele minime de ordin tehnic sau de performanță/funcționalitate minime, ce trebuie îndeplinite de fiecare ofertă/soluție preliminară pentru a fi admisă la faza următoare”*.

De asemenea, va lua în considerare prevederile art. 165 alin. (1) din Legea 99/2016 privind achizițiile sectoriale, conform căroră *„Specificațiile tehnice sunt stabilite prin documentația de atribuire și definesc caracteristicile solicitate privind lucrarea, serviciul sau produsele care fac obiectul achiziției”*.

Având în vedere cadrul juridic anterior fixat, Consiliul va lua în considerare că la pct. 6.2.6 din cadrul documentației descriptive, pag. 77 – 84, entitatea contractantă a precizat următoarele: *„Pentru rezolvarea sarcinilor care revin Contractantului /Prestatorului în dezvoltarea produsului, cu toate obiectivele și activitățile ce decurg din aceasta, Contractantul /Prestatorul va propune o echipă de Proiect, care va include următoarele roluri și specializări cheie (...): a) Manager de Contract, responsabil cu derularea contractului din partea Prestatorului; b) Arhitect de sistem/Dezvoltator soluție; c) Analist / Arhitect procese de business; d) Arhitect / specialist integrare, dezvoltare APIs; e) Arhitect infrastructură; f) Arhitect securitate, configurare politici securitate; g)*

Manager testare; h) Dezvoltator software; i) Instructor suport operațional”.

Contestatoarea critică modul în care entitatea contractantă a elaborat cerințe privind „experiența anterioară relevantă”, pentru o parte dintre experții enumerați anterior, respectiv „[Managerul de contract - „Experiență relevantă anterioară ca Manager de proiect în cel puțin două (2) proiecte în domeniul T&C, din care minim unul ...’; Analist/Arhitect procese de business - „Experiență relevantă anterioară ca Analist/Arhitect procese de business în cel puțin două (2) proiecte, din care unul în domeniul distribuției de energie electrică”; Arhitect/specialist integrare, dezvoltare APIs - „Experiență relevantă anterioară ca Arhitect/Specialist integrare în cel puțin două (2) proiecte, din care unul în domeniul distribuției de energie electrică”; Arhitect infrastructură - „Experiență relevantă anterioară ca Manager de proiect în cel puțin două (2) proiecte în domeniul IT&C, din care minim unul ...’; Arhitect securitate, configurare politici securitate; Arhitect de securitate/Specialist structuri de date - „Experiență relevantă anterioară ca Specialist model date și securitate în cel puțin două (2) proiecte pentru Aplicații ESB, iPaaS”], în sensul că „limitează aria de acoperire în care experții și-au dobândit experiența la un anume tip de contract, respectiv implementarea unei platforme ESB, IPaaS/în domeniul distribuției de energie electrică”.

Conform punctului de vedere nr. ..., cerințele privind „experiența anterioară relevantă” pentru experții în cauză a avut în vedere „experiența profesională în implementarea unor activități similare, în cadrul unor proiecte comparabile (...) experiența anterioară a unei firme, în orice domeniu, nu garantează succesul implementării decât dacă și echipa pusă la dispoziție pentru implementare este experimentată și poate executa activitățile necesare implementării”.

Or, în condițiile în care în cadrul cerințelor în cauză entitatea contractantă a stabilit că experiența aferentă trebuie să fie numai „în domeniul distribuției de energie electrică”, fapt ce anulează sintagma „activități similare” transformând-o în **activități identice**, Consiliul constată că entitatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 165 alin. (6) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care stipulează următoarele: „Specificatiile tehnice trebuie să permită tuturor operatorilor economici accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici”.

Consiliul va respinge și alegerile autorității contractante referitoare la „riscurile reale ce vor apărea în lipsa prezentării acestei experiențe similare”, considerând că solicitarea de prezentare de către experții respective a „minim un contract ...’ acoperă acest risc, nefiind necesară eliminarea acesteia.

În același timp, Consiliul consideră că eliminarea sintagmei „în domeniul distribuției de energie electrică”, va conduce și la respectarea prevederilor art. 63 alin. (1) și (2) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, care dispun că „(1) Entitățile contractante nu vor concepe sau structura achizițiile sectoriale ori elemente ale acestora cu scopul exceptării acestora de la aplicarea dispozițiilor prezentei legi sau al restrângerii artificiale a concurenței; (2) În sensul [alin. \(1\)](#), se consideră că există o restrângere artificială a concurenței în cazul în care achiziția sectorială ori elemente ale acesteia sunt concepute sau structurate cu scopul de a favoriza sau dezavantaja în mod nejustificat anumiți operatori economici”.

Pe cale de consecință, Consiliul va obliga entitatea contractantă la modificarea documentației de atribuire în sensul eliminării sintagmei „în domeniul distribuției de energie electrică”, cu respectarea dispozițiilor art. 62 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016.

În contextul de fapt și de drept anterior expus, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (2), (5) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de către ...SRL, în contradictoriu cu entitatea contractantă ... și va obliga pe aceasta din urmă la modificarea documentației de atribuire, conform motivării aferente, cu respectarea dispozițiilor art. 62 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, în 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Va respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de eliminare a sintagmei „*minim un contract ...*”.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ.

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în parte, contestația formulată de către ...SRL, cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă și obligă pe aceasta din urmă la modificarea documentației de atribuire, conform motivării aferente, cu respectarea dispozițiilor art. 62 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, în 15 (cincisprezece) zile de la primirea prezentei.

Respinge, ca nefondată, solicitarea contestatoarei de eliminare a sintagmei „*minim un contract ...*”, pentru experții aferenți.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016.